

der *Conseil constitutionnel* zwar zu einem Verfassungsgericht entwickelt hat, aber nur über geringere Kompetenzen als die Verfassungsgerichte der drei anderen Staaten verfügt. Großbritannien, das den monarchischen Absolutismus hundert Jahre vor den kontinentalen Staaten überwinden hatte, hat keine geschriebene Verfassung und hat wegen des geschichtlich etablierten Verfassungsgrundsatzes der Parlamentsouveränität das Prinzip von der Verfassung als *higher law* nicht entwickeln können. Schweden kennt zwar eine Normenhierarchie mit den Verfassungsgesetzen an der Spitze. Eine Normenkontrolle, die nach der dortigen Verfassung, dem sogenannten Regierungsinstrument (Kap. 11 § 14), bei „offensichtlichen“ Fehlern des Gesetzes möglich ist, wird aber nicht praktiziert, was den Vorrang der Verfassung beeinträchtigt.

Wenn *Schwarze* feststellt, daß die Europäische Union nur auf der Basis und mit der Hilfestellung der nationalen Verfassungstraditionen und -prinzipien weiter in Verfassungszustände hineinwachsen könne, in denen vor allem die demokratische Legitimation der und die Kontrolle über die Gemeinschaftsgewalt weiter fortentwickelt werde (S. 555), wird wohl der kontinentale Verfassungsbegriff gemeint sein, d. h. Verfassung als *higher law* mit gerichtlicher Kontrolle sowohl der Verfassungsmäßigkeit der Rechtsakte, einschließlich Normen, als auch der Einhaltung der Kompetenzordnung. Damit könnten die verfassungsrechtlichen Verhältnisse weder in Großbritannien noch in Schweden und in Frankreich nur bezüglich der Normenkontrolle als Maßstab für eine europäische Verfassung dienen.

Die Nationalberichte zusammenfassend schreibt *Schwarze*, daß der bestehenden „Verfassungsordnung“ der Union wesentliche Bestandteile einer eindeutigen und transparenten Regelung des Verhältnisses zwischen Organen der EU, den Mitgliedstaaten und den Unionsbürgern fehlten. Insbesondere wird das Fehlen eines geschriebenen Grundrechtskatalogs und einer klaren Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Mitgliedstaat und Gemeinschaft bemängelt (S. 556 f.). Es wird also alles das gefordert, was der auf dem Kontinent entwickelte moderne Verfassungsbegriff voraussetzt. Die EU ist danach noch weit entfernt von einer Verfassung. Der Zustand der Verträge in seiner Unübersichtlichkeit sollte uns davor bewahren, derzeit von einer Verfassung der EU zu sprechen, zumal auch die Mitgliedstaaten die Verträge bisher nicht ausdrücklich als Verfassung bezeichnet haben.

Bezüglich des *Demokratieprinzips* stellt *Schwarze* aufgrund der Nationalberichte fest, daß wegen der Aufgabenfülle der EU das über die mitgliedstaatlichen Parlamente vermittelte demokratische Legitimationsniveau gesunken sei und daß die Parlamente der einzelnen Mitgliedstaaten verschiedenartige Wege gesucht hätten, über die Europapolitik ihrer Regierungen informiert zu werden und gegebenenfalls darauf Einfluß ausüben zu können (S. 523–529). Die Kompensationsformel des *BVerfG* im Maastricht-Urteil, wonach mit dem demokratischen Legitimationsverlust in den Einzelstaaten ein Legitimationsgewinn über das Europäische Parlament einhergehe, ist problematisch, weil dessen Zusammensetzung dem Prinzip der Gleichheit der Wahl widerspricht, und weil das Europäische Parlament die Völker der Mitgliedstaaten, nicht aber ein europäisches Volk repräsentiert. Die Impulse der fortwährenden demokratischen Legitimation müssen aus den politischen Systemen der Mitgliedstaaten kommen. Diese wären auch die einzigen Quellen für eine europäische Verfassungsgebung, die sich folglich, wie es bei *Schwarze* richtig heißt, nur als Verfassungsvertrag verwirklichen ließe (S. 569). Daraus müßte sich deutlich ergeben, daß die Souveränität weiter bei den Mitgliedstaaten ruht, die sich nur im Hinblick auf deren Ausübung vertraglich beschränkt haben. In diesem Sinne unterscheidet der spanische Bericht im Anschluß an eine Entscheidung des dortigen Verfassungsgerichts zwischen „the exercise of powers and their ownership“ (S. 297). Insoweit ist der spanische Landesbericht klarer als die Würdigung der Angelegenheit durch *Schwarze* (S. 512 f.), der nicht zwischen völkerrechtlich ungeteilter Innehabung und europarechtlich geteilter Ausübung der Souveränität trennt. Aber auch in Großbritannien wird durch den European Communities Act die Parlamentsouveränität durch die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU nicht aufgegeben (S. 211).

Das vorliegende Werk behandelt zahlreiche weitere Probleme, die die Rechtsstaatlichkeit, die Grundrechte und deren gerichtlichen Schutz in der EU betreffen. Es bietet durch die Nationalberichte systematisch angelegte Rechtsvergleichung in Grundfragen des Verfassungsrechts und ist auch aus diesem Grunde sehr zur Lektüre zu empfehlen.

Professor Dr. Christian Starck, Universität Göttingen

Thomas Poschmann: Grundrechtsschutz gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen. Ein Beitrag zur Bestimmung des personalen Geltungsbereichs der Grundrechte unter besonderer Berücksichtigung der Privatisierung öffentlicher Aufgaben. –

Regensburg: Verl. S. Roderer, 2000. (Theorie u. Forschung Rechtswissenschaften, Bd. 67.) 452 S.; brosch.: 79,80 DM. ISBN 3-89783-132-5.

Das Problem der Grundrechtsfähigkeit teilweise publizierter Gesellschaften ist spätestens seit dem HEW-Beschluß des *BVerfG* (JZ 1990, 335) in das Zentrum wissenschaftlichen Interesses gerückt. Die Passauer Dissertation von *Thomas Poschmann* greift die Fragestellung auf, inwieweit Unternehmen, an denen sowohl Hoheitsträger als auch Private beteiligt sind, grundrechtsfähig sind, und führt sie einer neuen eigenständigen Antwort zu. Ausgehend von einer intensiven Analyse des Kammerbeschlusses des *BVerfG* in einem mit „Unternehmensfunktion und gemischte Trägerschaft als Kriterien der Grundrechtsfähigkeit“ bezeichneten Abschnitt (S. 45–162) wendet sich der Autor sodann einer abstrakten Untersuchung der „(...) grundrechtlichen Einordnung juristischer Personen des öffentlichen und des privaten Rechts“ (S. 163–248) zu. In diesem Rahmen stellt er die klassischen Theorien der germanistischen und romanistischen Rechtsschule des 19. Jahrhunderts zur Rechtsnatur der juristischen Person auf den Prüfstein und versucht, diese für die Auslegung des Art. 19 Abs. 3 GG fruchtbar zu machen.

Aus dieser Kombination aus induktivem und deduktivem Ansatz entwickelt *Poschmann* dann in einem mit „Zur grundrechtlichen Positionierung gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen im Spannungsfeld von Freiheit und Staatsgewalt“ (S. 249–393) betitelten Abschnitt seine eigene Auffassung zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen mit kombinierten hoheitlichen und privaten Eigentümern. Dabei kehrt er die bisherige Fragestellung um und erarbeitet, vornehmlich gestützt auf das grundrechtliche Verbot des Einzelfallgesetzes nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG, Fallgruppen der Grundrechtsunfähigkeit juristischer Personen. Grundrechtsunfähig sei danach, wer zulässigerweise Adressat eines Einzelpersonengesetzes mit materiellem Regelungsinhalt sei (S. 399). Dabei werden vor allem juristische Personen, die durch ein Organisationsgesetz errichtet worden sind, vom Grundrechtsschutz ausgenommen.

Poschmann gelangt auf diese Weise zu einer Alles-oder-Nichts-Lösung hinsichtlich der Zuerkennung der Grundrechtsfähigkeit gemischt-wirtschaftlicher Unternehmen. Ob er damit dem Grundrechtsschutz der beteiligten Privaten in jedem Fall hinreichend Rechnung trägt, bleibt indes fraglich. Eine Untersuchung der Auswirkungen seiner Auffassung auf Einzelgrundrechte, wie sie der Titel seines Werkes erwarten ließe, wird von dem Autor ausweislich seines Vorworts ausdrücklich nicht zum Gegenstand der Untersuchung gemacht (S. VI).

Poschmanns im parataktischen Stil verfaßte Dissertation gefällt durch ihr durchgehend hohes sprachliches Niveau. Unter weitgehender Vermeidung sinnverklärender Neologismen („Epiphänomen“ bildet eine Ausnahme) gelingt es ihm, die von ihm vertretene These bruchlos aus dem Beschluß des *BVerfG* zu entwickeln. Dabei nimmt der Leser stets teil am Fortgang der Untersuchung.

Demgegenüber fallen kleinere Ungenauigkeiten wie die Verwechslung von *Ernst Forsthoff* und *Carl Schmitt* (S. 51 oben) oder das Fehlen der Erläuterung von „PKV“ als Paulskirchenverfassung im Abkürzungsverzeichnis nicht weiter ins Gewicht. Der praktische Nutzen des Werkes würde indes durch ein Stichwortregister und häufigere Einfügung von Zwischenergebnissen noch gesteigert.

Dessen ungeachtet handelt es sich um einen wichtigen Beitrag zur Dogmatik der Grundrechte, insbesondere des Art. 19 Abs. 3 GG, dem angesichts der zunehmenden rechtstatsächlichen Bedeutung des kooperativen Zusammenwirkens von Hoheitsträgern und Privaten vermehrte Beachtung nur zu wünschen ist.

Dr. Thorsten Ingo Schmidt, Niestetal

Jan-Hendrik Röver: Vergleichende Prinzipien dinglicher Sicherheiten. Eine Studie zur Methode der Rechtsvergleichung. – München: C. H. Beck, 1999. (Münchener Universitätschriften, Bd. 141.) XVII, 263 S.; kart.: 128,– DM. ISBN 3-406-45391-0.

I. Gegenstand der Münchener Dissertation ist das „Model Law on Secured Transactions“, das Modellgesetz über Sicherungsgeschäfte¹, das *Röver* zusammen mit anderen Wissenschaftlern für die Europäische Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (EBWE) in London angefertigt hat. Wirtschaftsgüter werden sehr oft auf Kredit erworben und diese Kredite durch entsprechende Sicherungsgeschäfte abgesichert. Nur ein funktionierendes Kreditsicherungsrecht schafft das Vertrauen, auf dessen Grundlage eine Investitionstätigkeit in den ehemaligen Ostblockstaaten in Gang kommen kann. Das Modellgesetz will aber noch

¹ S. Röver, Anh. und Dagenförde ZEuP 1998, 686 ff.

mehr: Der Nutzen der Wirtschaftsgüter wird entscheidend geschwächt, wenn sie nicht grenzüberschreitend genutzt werden können, weil das jeweilige Sicherungsrecht nicht grenzüberschreitend wirkt. Das Modellgesetz möchte deshalb, wie seinerzeit der US-amerikanische Uniform Commercial Code (UCC), Vorbild sein, um die unterschiedlichen nationalen Sicherungsrechte zu vereinheitlichen. Erfreulicherweise ist das Modellgesetz nicht Theorie geblieben, sondern hat inzwischen bereits die Zivilgesetzbücher in Ungarn, Lettland und der Republik Moldau beeinflusst².

II.1. Die Arbeit beschreibt aber nun nicht jede einzelne Norm des Modellgesetzes in extenso, sondern setzt erfreulicherweise zeitlich früher an. Dass der Gesetzgeber rechtsvergleichend arbeiten kann und muss, ist inzwischen hinreichend bekannt³. Allerdings waren in der Vergangenheit Versuche, einheitliche Regeln für dingliche Sicherheiten zu schaffen, wegen der historisch gewachsenen, unterschiedlichen Rechtsinstitute zur Kreditsicherung in den verschiedenen Rechtsordnungen immer wieder zum Scheitern verurteilt⁴. Neben Harmonisierungsbemühungen⁵ konnten sich auch Vorschläge über Kollisionsregeln⁶ oder die gegenseitige Anerkennung von Rechtsinstituten nicht durchsetzen. Deshalb kommt jetzt eine Arbeit gerade zur richtigen Zeit, die aufzeigt, wie man auf trans- oder supranationaler Ebene rechtsvergleichend methodisch arbeiten kann. Die Untersuchung verdeutlicht, warum sich der Modellgesetzgeber für diese oder jene Norm entschieden hat. Das Modellgesetz über Sicherungsgeschäfte dient, wie Titel und Untertitel der Arbeit verraten, als Referenzgebiet, um vergleichende Prinzipien dinglicher Sicherheiten zu entwickeln und damit auf *rechtsdogmatischer Ebene eine Studie zur Methode der Rechtsvergleichung* zu entwerfen.

2. Bisher wurde im Rahmen der Rechtsvergleichung oft nur geprüft, ob die Ergebnisse sich praktisch und folgeorientiert in das heimische Recht einpassen. Rechtsvergleichung auf europäischer Ebene ist allerdings wenig überzeugend, wenn jeder Mitgliedstaat versucht, imperialistisch sein Recht zu exportieren. Zu wünschen ist vielmehr ein wahrer Wettbewerb von Lösungsmodellen, der sich *von einzelnen nationalen Rechtsinstituten löst*.

Ausgangspunkt für ein solches methodisches Grundprinzip ist der in der rechtsvergleichenden Methode bekannte Gedanke der Funktionalität, um Gleiches mit wesentlich Gleichem zu vergleichen, also das zu vergleichen, was dieselbe Aufgabe, dieselbe Funktion übernimmt⁷. Nur zu oft bricht die rechtsvergleichende Untersuchung aber bereits dann ab, wenn sich das gewünschte Ergebnis in verschiedenen Rechtsordnungen wiederfindet. Die Richtigkeit ergebe sich aus der sog. *praesumptio similitudinis*, der Vermutung für die Ähnlichkeit der praktischen Lösung⁸. Diesen wohl herrschenden Ansatz in der rechtsvergleichenden Methodenlehre lehnt Röver überzeugend mit der Überlegung ab, dass die rechtsvergleichende Arbeit grundsätzlich für die Unterschiedlichkeit von nationalen Rechtsordnungen offen sein müsse. Statt sich an bestimmten Rechtsinstituten verschiedener Rechtsordnungen oder einem Minimalkonsens zu orientieren, möchte Röver vielmehr auf rechtsvergleichende Weise *Prinzipien* aus den verschiedenen Rechtsordnungen entwickeln, die funktional, allgemein und universal gelten⁹. Für den Bereich der Kreditsicherheiten müssen diese Analyseinstrumente zudem ökonomisch abgesichert werden, wozu Röver die ökonomische Analyse des Rechts heranzieht. Mikroökonomisch verbilligen Sicherheiten den Kredit und erlauben es dem Schuldner, einen größeren Kredit aufzunehmen; makroökonomisch wirken sie investitionsfördernd und allokativ. Sicherheiten verringern das Risiko des Kreditgebers, wegen der Insolvenz des Schuldners in Höhe des Kredites auszufallen. Schließlich dürfen die Kosten für die Sicherheiten den Kredit nicht in unangemessener Weise verteuern.

3. Nachdem Röver das Konzept analytischer Rechtsprinzipien ein-

geführt und durch ökonomische Bewertungen abgesichert hat, stellt er sein Konzept nun praktisch anhand allgemeiner *Prinzipien des Kreditsicherungsrechts* dar. Für die Rechtsvergleichung zieht er fünf Rechtsordnungen heran, nämlich die deutsche, französische, englische, US-amerikanische sowie das Modellgesetz über Sicherungsgeschäfte der EBWE. Auf das *Sicherungsprinzip* können dingliche Rechte im deutschen Recht, wie beispielsweise Pfandrechte und die Sicherungsübereignung, die französische gage oder nantissement oder die englische mortgage oder equitable charge sowie Art. 9 UCC des US-amerikanischen Rechts zurückgeführt werden. Gemeinsam ist diesen Rechtsinstituten, dass das Sicherungsrecht von der zu sichernden Forderung getrennt ist und auf das Sicherungsrecht erst zurückgegriffen werden kann, wenn der Schuldner die Forderung nicht mehr erfüllt. Das *Dinglichkeitsprinzip* beschreibt die Wirkung der Sicherheit gegenüber Dritten. Die Sicherheit bezieht sich auf ausgewählte Vermögensgegenstände und schützt vor Verfügungen durch Dritte. Hier sind die deutschen und französischen Sicherungsmittel den englischen und US-amerikanischen überlegen, weil nach deutschem Recht der genannte Rechtsschutz bereits bei Erfüllung sämtlicher Voraussetzungen und nicht zeitlich erst später entsteht. *Sicherheiten bestehen entweder am eigenen Gegenstand oder am fremden Gegenstand*. Nach Ansicht von Röver reicht regelmäßig ein beschränkt dingliches Recht am Gegenstand aus, um den Sicherheitsinteressen des Gläubigers gerecht zu werden. Die Sicherungsübereignung nach deutschem Recht ist deshalb zu weitgehend¹⁰, weil der Gläubiger eine stärkere Rechtsposition erreicht, als er für seine Verwertung benötigt. Schließlich plädiert Röver für das *Einheitsprinzip*, also die Schaffung nur einer einzigen beschränkten dinglichen Sicherheit, statt einer Unzahl von Sicherungsrechten, wie dies das deutsche, französische oder englische Recht vorsehen, könnten damit doch Kollisionen verschiedener Sicherungsrechte vermieden werden.

III. Die Dissertation von Röver unterscheidet sich ganz wesentlich von anderen durch die gelungene Kombination von theoretischem Konzept und praktischer Umsetzung. Selbst wenn die einzelnen Prinzipien noch etwas stärker hätten ausgearbeitet werden können, ist die von Röver eingeführte analytische Prinzipienmethode erkenntnisfördernd. Anhand des Modellgesetzes für Sicherungsgeschäfte konnte Röver Rechtsprinzipien entwickeln, die unabhängig von einem Rechtsinstitut oder einer Rechtsordnung eine Gerechtigkeitsgewähr innehaben. Sie können deshalb auch dann zutreffend sein, wenn sie bisher nicht in mehreren Staaten gelten. Mit diesem theoretischen Ansatz weist Röver in die Zukunft, findet man diesen Gedanken – ohne den entsprechenden theoretischen Unterbau – doch schon in der Arbeitsweise des *EuGH*, wenn er das europäische Recht weiterbildet: Als dieser sich beispielsweise auf allgemeine Rechtsgrundsätze¹¹ oder jüngst eine gemeinschaftsweite Staatshaftung¹² berief, hat er mitnichten den kleinsten gemeinsamen Nenner der Mitgliedstaaten, sondern vielmehr im Sinne einer wertenden Rechtsvergleichung die seiner Ansicht nach „beste Lösung“ ermittelt¹³.

Röver hat für die dinglichen Sicherheiten gezeigt, dass eine solche Arbeitsweise nicht etwa „bloße Zauberei“ ist, sondern sich rational und analytisch herleiten und begründen lässt. Vielleicht lässt sich von dieser Arbeitstechnik auch der europäische Gesetzgeber, also die Kommission, das Parlament und der Rat¹⁴, inspirieren. Noch dominieren Kompromißformeln und Wahl- und Öffnungsklauseln, die einer Rechtsharmonisierung entgegenstehen¹⁵. Statt wie bisher nur nationales durch europäisches Recht zu komplizieren, würde ein theoretisch optimales Modell¹⁶ erarbeitet, das es unabhängig von historisch vorgefundenen Rechtsinstituten zu realisieren gilt, und das dann im Ergebnis einfacheres und besseres Recht ergeben würde – ein großer Schritt auf dem Weg zur europäischen Einigung.

Professor Dr. Thomas M. J. Möllers, Universität Augsburg

2 Röver, S. 75; für Ungarn s. Harmathy, in: Kreuzer (Hrsg.), *Mobiliarsicherheiten – Vielfalt oder Einheit?*, 1999, S. 75 ff.

3 S. nur die Beispiele Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl. 1996, S. 47 ff.

4 S. für Deutschland nur Drobnič, Gutachten F für den 51. DJT 1976; Kreuzer, in: FS von Overbeck, 1990, S. 613 ff. und weitere Beispiele bei Röver, § 4.

5 Geänderter Vorschlag für eine Richtlinie über den freien Dienstleistungsverkehr auf dem Gebiet des Hypothekarkredits, ABL 1987 Nr. C 161, S. 4; hierzu Eilmansberger *EuZW* 1991, 691 ff.

6 Hierzu von Wilimowsky, *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, 1997.

7 Zweigert/Kötz (Fußn. 3), S. 33; Kötz *RabelsZ* 54 (1990), 203, 209 f.; zustimmend de Cruz, *Comparative Law in a Changing World*, 1995, S. 228 f.; Röver, S. 89.

8 Zweigert/Kötz (Fußn. 3), S. 39.

9 Hierzu Röver, S. 87 ff.

10 So schon Serick, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, 2. Aufl. 1993, S. 148.

11 *EuGH*, 5. 7. 1973, Slg. 1973, 723 – Westzucker; *EuGH*, 13. 12. 1979, Slg., 1979, 3727, 3750 – Hauer; *EuGH*, 15. 5. 1986, Slg. 1986, 1651 – Johnston.

12 *EuGH*, 19. 11. 1991, Slg. 1991, I-5357 = *JZ* 1992, 305 = *NJW* 1992, 165 – Francovich; *EuGH*, 5. 3. 1996, Slg. 1996, I-1029 = *JZ* 1996, 789 m. Anm. Ehlers, 776 = *NJW* 1996, 1267 – Brasserie du Pêcheur.

13 Möllers, *Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration*, 1999, S. 33 m. w. Nachw.

14 Für ein Europäisches Rechtsinstitut, das Modellgesetz erarbeitet s. Ebke, in: FS Großfeld, 1999, S. 212 ff.

15 S. Möllers (Fußn. 13), S. 13 ff.

16 Möllers (Fußn. 13), S. 49 f.